

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Avatars de la liberté d'expression dans l'univers numérique

Van Enis, Quentin

*Published in:*

La liberté d'expression : menacée ou menaçante ?

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Enis, Q 2015, Avatars de la liberté d'expression dans l'univers numérique. Dans *La liberté d'expression : menacée ou menaçante ? : Actes du colloque international de l'Académie royale des 4, 5 et 6 décembre 2014*. Mémoires, Académie royale de Belgique, Bruxelles, p. 141-169.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# AVATARS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS L'UNIVERS NUMÉRIQUE

QUENTIN VAN ENIS,

*Maître de conférences à l'Université de Namur, chercheur au CRIDS et avocat au  
Barreau de Bruxelles*

## 1. INTRODUCTION

Il est devenu banal de relever les incroyables possibilités de diffusion et de réception d'idées ou d'informations ouvertes par l'internet. Moins apparents mais pourtant tout aussi réels sont les nombreux obstacles auxquels peut se heurter l'exercice de la liberté d'expression dans l'univers numérique. Cette dernière peut se trouver compromise de bien des manières sur le réseau. Dans le cadre succinct de la présente contribution, trois défis majeurs seront mis en évidence. Le premier d'entre eux consiste à véritablement intégrer l'internet dans la sphère de protection existante du droit à la liberté d'expression (I). Deux écueils spécifiques qui se dressent devant la pleine jouissance de la liberté d'expression sur la Toile méritent encore d'être soulignés. Il s'agit, d'une part, de la protection de l'accès au réseau (II) et, d'autre part, de la garantie du droit à la liberté d'expression à l'égard des intermédiaires de l'internet (entendus dans un sens large), lesquels ont la particularité d'être généralement constitués sous la forme d'entreprises privées (III).

## A. La transposition à l'internet des principes protecteurs de la liberté d'expression

### a. Les sources de la liberté d'expression et leur application à l'internet

Le premier défi qui se pose à la liberté d'expression dans l'univers numérique consiste à assurer la transposition à l'internet des grands principes protecteurs de la liberté d'expression.

Au plan international, ces principes résultent de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>1</sup>, de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi qu'au plan européen, de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe, et de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>2</sup>.

Au plan national, ces principes découlent de la Constitution qui protège, de façon générale, la liberté de manifester ses opinions en toute matière (article 19) et, en particulier, la liberté de la presse (article 25).

La question qui s'est rapidement posée avec l'émergence de l'internet a été de savoir si ces textes, pensés dans le contexte de la seule presse imprimée et des médias audiovisuels, devaient régir l'échange d'idées et d'informations dans l'univers numérique.

La Cour européenne des droits de l'homme, qui considère depuis longtemps la Convention européenne des droits de l'homme comme un « instrument vivant » à interpréter à la lumière des circonstances actuelles, n'a eu aucun mal à reconnaître l'importance de l'internet pour l'exercice du droit à la liberté d'expression et à le faire entrer dans la sphère de protection de l'article 10 de la Convention. Pour la Cour de Strasbourg, « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information<sup>3</sup> ». Chargé d'interpréter le Pacte international, le Comité des droits de l'homme a également admis que l'internet était couvert par le droit

à la liberté d'expression<sup>4</sup>. Il est vrai que tant le texte de la Convention<sup>5</sup> que celui du Pacte visent la liberté d'expression de façon générique sans faire référence à un média particulier<sup>6</sup>.

Qu'en est-il alors de la Constitution belge, qui, comme on l'a déjà relevé, prévoit un régime protecteur particulier pour la liberté de la presse ?

Il est certain qu'en 1831, les membres du Congrès national ne connaissaient guère que la presse imprimée. Doit-il s'agir pour autant de limiter la protection spécifique prévue en faveur de la presse aux seuls écrits imprimés, à l'exclusion des médias audiovisuels et de l'internet ? À nos yeux, rien n'empêche de considérer la protection constitutionnelle de la presse sous un angle fonctionnel en vue d'en reconnaître le bénéfice à tous ceux qui se trouvent aujourd'hui dans une situation similaire à celle des pamphlétaires de l'époque, et qui entendent adresser un message au public par le biais d'un quelconque support de diffusion<sup>7</sup>. Ainsi, en 1881, dans une formule qui laissait admirablement la place aux évolutions ultérieures, H. Schuermans définissait la liberté de la presse comme le droit « de recourir à l'instrument *le plus rapide et le plus efficace* de diffusion des idées et des doctrines<sup>8</sup> ». Si aujourd'hui l'instrument *le plus rapide et le plus efficace* n'était plus la presse imprimée traditionnelle mais son homologue numérique, ne serait-il pas naturel de lui accorder la jouissance des garanties constitutionnelles de la presse ? Il devrait en aller d'autant plus ainsi que l'internet prend aujourd'hui une place croissante dans le paysage médiatique et risque bien, dans un futur peut-être pas si éloigné, de prendre définitivement la relève des médias traditionnels. Cette lecture de la Constitution n'est pourtant que partiellement partagée par la Cour de cassation, comme il sera expliqué ci-dessous.

<sup>1</sup> Laquelle est dépourvue de toute force juridique contraignante.

<sup>2</sup> Rendue obligatoire par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>3</sup> Cour eur. D.H., 4<sup>e</sup> sect., arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n<sup>os</sup> 1 et 2), 10 mars 2009, § 27. Pour un commentaire de cet arrêt, voir Q. VAN ENIS, « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du Times devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Revue du droit des technologies de l'information (RDTI)*, n<sup>o</sup> 37, 2009, p. 94-103.

<sup>4</sup> Comité des droits de l'homme, *Observation générale n<sup>o</sup> 34 – Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, § 12.

<sup>5</sup> Sous la réserve de la possibilité laissée aux États de « soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations », expressément incluse dans la Convention.

<sup>6</sup> Comme l'a souligné F. LA RUE, « en disposant, de façon explicite, que toute personne a le droit de s'exprimer par le biais de tout média, [...] l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte a été rédigé de sorte à ce qu'il prenne en charge les développements technologiques futurs dont les individus allaient pouvoir se servir pour exercer leur droit à la liberté d'expression » (*Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 16 mai 2011, A/HRC/17/27, § 21).

<sup>7</sup> Voir à cet égard notre étude, Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, à paraître.

<sup>8</sup> H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentaires de ce décret*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Bruxelles, Larcier, 1881, p. 6.

Des ajustements peuvent s'avérer nécessaires en vue d'adapter au contexte numérique les grands principes de protection de la liberté d'expression. L'internet présente en effet des caractéristiques propres que l'on ne peut feindre d'ignorer, tels sa facilité d'accès, son caractère transfrontière et la relative permanence de la diffusion des informations<sup>9</sup>. Pour être admissibles, de tels ajustements doivent cependant apparaître dûment justifiés, les États ne pouvant tirer prétexte du contexte numérique pour justifier un rétrécissement de la liberté d'expression. En ce sens, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a souligné par une déclaration de 2005 que « la liberté d'expression, d'information et de communication doit être respectée dans un environnement numérique tout comme dans un environnement non numérique. Elle ne doit pas être soumise à d'autres restrictions que celles prévues à l'article 10 de la Convention, pour la simple raison qu'elle s'exerce sous une forme numérique<sup>10</sup> ». Plus récemment, en juin 2014, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a affirmé que « les droits dont jouissent les personnes hors ligne doivent être également protégés en ligne, en particulier le droit de toute personne à la liberté d'expression, qui est applicable sans considérations de frontières et par le moyen de son choix<sup>11</sup> ».

Aux termes de la Constitution belge, la liberté d'expression doit prévaloir *a priori*, sans préjudice de la sanction *a posteriori* des abus commis à son usage<sup>12</sup>. Tel est le sens de l'article 25 de la Charte fondamentale, qui prohibe la censure, mais également de l'article 19 de la Constitution qui prohibe

généralement l'imposition des mesures préventives en droit belge<sup>13</sup>. Pas plus en ligne qu'hors ligne, la liberté d'expression ne doit être considérée comme absolue. Conformément à l'article 19 de la Constitution et aux règles pertinentes du droit international<sup>14</sup>, la liberté d'expression peut faire l'objet de restrictions, à condition que ces dernières soient prévues par la loi, concourent à la réalisation d'un but légitime et constituent une mesure nécessaire dans une société démocratique<sup>15</sup>.

Si, comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis dès 1997, « il n'est pas exagéré de considérer que les contenus disponibles sur l'internet sont aussi diversifiés que l'est la pensée humaine<sup>16</sup> », il ne devrait pas être question de prévoir par principe un niveau de protection plus faible pour l'internet en considérant simplement que son utilisation peut conduire à des abus par la facilité d'accès qu'il offre.

#### b. Deux illustrations contrastées

Deux exemples jurisprudentiels récents permettent d'illustrer la transposition à l'internet des règles de protection de la liberté d'expression.

<sup>9</sup> À cet égard, voir en particulier N. VANIC et P. VOYATZIS, « The Internet and freedom of expression : a 'brave new world' and the ECtHR's evolving case-law », dans J. Casadevall, E. Myjer, M. O'Boyle et A. Austin (éds.), *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012, p. 391-407 ; W. BENEDEK et M. KETTEMAN, *Freedom of expression and the Internet*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2013, spéc. p. 17-22 ; F. DUBUSSON, « Les restrictions à l'accès au contenu d'internet et le droit à la liberté d'expression », dans *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, p. 134-163 et spéc. p. 135.

<sup>10</sup> Déclaration sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la société de l'information adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 13 mai 2005 lors de la 926<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

<sup>11</sup> Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'Internet*, 20 juin 2014, 26<sup>e</sup> session, A/HRC/26/L.24.

<sup>12</sup> Comp. avec l'approche retenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que l'article 10 de la Convention n'interdit pas en lui-même toute restriction préalable à la publication mais précise cependant que « de telles restrictions présentent [...] de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux » et qu'« il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt ». Voir, parmi de nombreux autres arrêts, Cour eur. D.H., gde ch., arrêts *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* et *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), 26 novembre 1991, respectivement § 60 et § 51.

<sup>13</sup> Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011. *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (JLMB)*, 2011, p. 1244, notes M. REGOUT et Q. VAN ENIS ; *Journal des tribunaux (JT)*, 2012, p. 238, note K. LEMMENS ; *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, p. 331, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX ; *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent (RABG)*, 2011, p. 807, note B. MAES, etc. Pour statuer sur l'exigence de légalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante, la Cour s'est prononcée expressément sur la portée qu'il convient de conférer à l'article 19 de la Constitution : « [cet article], qui consacre entre autres la liberté d'expression, n'autorise que la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés, ce qui implique une sanction *a posteriori* des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté » (§ 108). Ce faisant, la Cour de Strasbourg a pris le parfait contre-pied de la Cour de cassation qui, dans cette affaire, avait considéré, sur conclusions contraires du ministère public, que « le juge des référés qui [...] tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui [...] ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution » (Cass., 1<sup>re</sup> ch., 2 juin 2006, *JLMB*, 2006, p. 1402, obs. F. JONGEN ; *A&M*, 2006, p. 355).

<sup>14</sup> Voir en particulier le second paragraphe de l'article 10 de la Convention et le troisième paragraphe de l'article 19 du Pacte.

<sup>15</sup> Voir, de manière générale, F. DUBUSSON, *op. cit.* ; Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, p. 859-886 ; P.-F. DOCKEUR, « Contrôle des contenus sur internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Chroniques de droit public (CDPK)*, 2002, p. 173-193. Sur la mise en balance entre le droit à la liberté d'expression et la protection du droit d'auteur en ligne : A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 889-911.

<sup>16</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), traduction libre.

Le premier exemple porte sur la notion constitutionnelle de « délit de presse ». Aux termes de l'article 150 de la Constitution belge, la cour d'assises est seule compétente pour connaître de tels délits<sup>17</sup>. L'idée du constituant originaire était de réserver à l'opinion publique le soin de juger des délits de presse et, dans le même temps, de soustraire ce pouvoir aux juges professionnels. À la faveur de deux arrêts rendus le 6 mars 2012, la Cour de cassation a admis que des délits de presse pouvaient être commis par l'entremise du réseau, ce dernier fournissant un procédé de reproduction similaire à l'impression classique<sup>18</sup>. La Cour de cassation a limité l'évolution aux seuls textes écrits en refusant expressément d'étendre la notion de délit de presse à des assertions orales ou audiovisuelles<sup>19</sup>. Une telle dichotomie peut surprendre dans le contexte *multimédia* de l'internet. Il n'est évidemment pas rare d'y retrouver des sites Web qui mêlent l'écrit à d'autres formes de contenus<sup>20</sup>. Il peut paraître étonnant sinon paradoxal, à l'heure où les différents médias convergent, à l'heure où l'on parle de « presse en ligne » et de « télévision connectée », de prévoir des solutions divergentes en fonction des différentes formes que peut revêtir l'expression.

Un second exemple – plus abouti à nos yeux – d'adaptation à l'internet des règles protectrices de la liberté d'expression est tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et d'une affaire *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, tranchée en 2011<sup>21</sup>.

Avant de présenter les circonstances de l'affaire, il convient de rappeler que, suivant une jurisprudence désormais bien établie de la Cour de Strasbourg, les journalistes disposent en principe de la liberté de diffuser les propos d'autrui sans crainte d'engager leur propre responsabilité pour autant qu'ils prennent

soin d'en citer la source et de ne pas les reprendre à leur compte<sup>22</sup>. Or, dans l'affaire en question, les responsables du journal avaient été condamnés pour avoir simplement *reproduit* une information tirée d'un site internet. Dans le droit national en vigueur au moment des faits, une exonération de responsabilité n'était prévue que pour l'emprunt de propos à des médias enregistrés. Le problème, c'est qu'aucune possibilité d'enregistrement n'existait pour les sites Web. En conséquence, les journalistes ne pouvaient librement s'appuyer sur des sources provenant de l'internet sans entretenir la crainte de s'exposer à des sanctions.

Dans son arrêt, la Cour européenne a commencé par préciser que des modalités spécifiques peuvent, voire doivent, être prévues pour la diffusion d'informations sur la Toile : « L'internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée. Aussi, la reproduction de matériaux tirés de la presse écrite et celle de matériaux tirés de l'internet peuvent être soumises à un régime différent. Les règles régissant la reproduction des seconds doivent manifestement être ajustées en fonction des caractéristiques particulières de la technologie de manière à pouvoir assurer la protection et la promotion des droits et libertés en cause<sup>23</sup>. »

Ce que la Cour de Strasbourg ne peut toutefois accepter, c'est l'exclusion pure et simple de l'ensemble des sources tirées de l'internet de cette garantie essentielle pour l'exercice de la liberté de la presse : « [...] compte tenu du rôle joué par l'internet dans le cadre des activités professionnelles des médias et de son importance dans l'exercice du droit à la liberté d'expression en général, la Cour considère que l'absence d'un cadre légal suffisant au niveau interne permettant aux journalistes d'utiliser des informations tirées de l'internet sans crainte de s'exposer à des sanctions entrave gravement l'exercice par la presse de sa fonction vitale de 'chien de garde'. Elle estime que l'exclusion totale de ce type d'informations du champ d'application des garanties

<sup>17</sup> À l'exception, depuis 1999, des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie qui sont désormais du ressort du tribunal correctionnel.

<sup>18</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2012. Les deux arrêts ont été rendus dans les affaires *Procureur général près la Cour d'appel de Gand et L.L. c. A.F.C.V.G. et Ter Dijk*, RG n° P.11.055.N (ci-après, le premier arrêt) et *F.D.S. c. M.E.*, RG n° P. 11.1374.N (ci-après, le second arrêt). Pour le premier arrêt, voir *Nieuw Juridisch Weekblad* (NjW), 2012, p. 341 ; *A&M*, 2012, p. 253, obs. D. Voorhoof ; *JLMB*, 2012, p. 790 ; *JT*, 2012, obs. Q. VAN ENIS ; *RDTI*, n° 50, 2013, p. 81, note R. DEBILLO. Pour le second, *NjW*, 2012, p. 342 ; *RDTI*, n° 50, 2013, p. 82, note R. DEBILLO ; *NC*, 2012, p. 223 avec les conclusions du premier avocat général De Swaef. Voir également le commentaire de D. Voorhoof, « Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers' », in *Juristenkrant*, n° 246, 21 mars 2012, p. 4-5.

<sup>19</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 octobre 2013, *Tijdschrift voor Strafrecht*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK ; *JT*, 2014, p. 391, note Q. VAN ENIS.

<sup>20</sup> À ce sujet, voir Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? », obs. sous Cass., 29 octobre 2013, in *JT*, 2014, p. 393-395 et Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit.

<sup>21</sup> Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., 5 mai 2011.

<sup>22</sup> Voir notamment Cour eur. D.H., plén., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35 (entretien dans une émission télévisée) et Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 62 (citation dans une interview écrite).

<sup>23</sup> Arrêt précité, § 63.

légales protégeant la liberté des journalistes peut en elle-même être constitutive d'une ingérence injustifiée dans la liberté de la presse sur le terrain de l'article 10 de la Convention<sup>24</sup>. »

On le voit : si certaines des règles traditionnelles qui protègent la liberté d'expression peuvent et doivent être adaptées à l'exercice de cette liberté dans l'univers numérique, l'ajustement ne peut rimer avec une exclusion générale du support numérique des garanties considérées.

## 2. LA PROTECTION DE L'ACCÈS À L'INTERNET

### A. Un droit d'accès à l'internet ?

Avant de pouvoir parler de liberté d'expression dans l'univers numérique, il convient de répondre à la question préalable de l'accès à cet univers numérique<sup>25</sup>. La garantie effective de cet accès constitue un second défi majeur pour la liberté d'expression en ligne.

Peut-on attendre des États qu'ils garantissent un véritable droit d'accès à l'internet ? Dans l'affirmative, à quel titre les États seraient-ils redevables d'une telle obligation et quelles en seraient les implications concrètes ?

Dès 2003, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe invitait les États membres à « [...] favoriser et encourager l'accès de tous aux services de communication et d'information sur l'internet de manière non discriminatoire et à un prix raisonnable<sup>26</sup> ». Dans un rapport présenté en mai 2011, F. La Rue, alors rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, a également considéré que « la garantie de l'accès universel à l'internet devrait être une priorité pour tous les États<sup>27</sup> ». En septembre 2011, le Comité des droits de l'homme est parvenu à une conclusion similaire dans son observation générale n° 34 : « Les États

parties devraient tenir compte de la mesure dans laquelle l'évolution des techniques de l'information et de la communication, comme l'internet et les systèmes de diffusion électronique de l'information utilisant la technologie mobile, a transformé les pratiques de la communication dans le monde entier. Il existe maintenant un réseau mondial où s'échangent des idées et des opinions, qui n'a pas nécessairement besoin de l'intermédiaire des moyens d'information de masse traditionnels. Les États parties devraient prendre toutes les mesures voulues pour favoriser l'indépendance de ces nouveaux moyens et garantir l'accès des particuliers à ceux-ci<sup>28</sup>. »

En Belgique, deux propositions de modification de la Constitution se trouvent à l'examen devant le Parlement en vue de reconnaître le droit d'accès à l'internet comme l'une des composantes essentielles du droit à la dignité humaine<sup>29</sup>. Selon les auteurs de l'une de ces propositions, « l'internet constitue un besoin de base au même titre que l'électricité, le chauffage et l'eau. L'internet est devenu une condition pour pouvoir participer pleinement à la vie sociale<sup>30</sup> ». Les deux propositions à l'examen visent à garantir dans le même temps la neutralité du réseau (question qui sera abordée plus loin dans l'étude)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 34. Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, § 12.

<sup>29</sup> Proposition de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution en vue d'étendre le droit à une vie conforme à la dignité humaine en y incluant le droit à un accès suffisant et neutre à l'internet, déposée par R. Deseyn, N. Muylle, S. Becq et J. Van den Bergh, 7 octobre 2014, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extraord. 2014, n° 54-0415/001 ; proposition de révision de l'article 23 de la Constitution visant à consacrer le principe de la neutralité des réseaux internet, déposée par K. Lalieux, G. Grovionius et F. Winkel, 20 septembre 2014, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extraord., 2014, n° 54-0346/001. Voir également proposition de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution en vue d'étendre le droit à une vie conforme à la dignité humaine en y incluant le droit à un accès suffisant et neutre à l'internet, déposée le 10 septembre 2013, par R. Deseyn, S. Becq, J. De Potter, L. Dierick, N. Muylle, R. Terwingen, J. Van den Bergh et L. Van Der Auwera, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2012-2013, n° 53-3005/001 (caduque) ; proposition de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution en vue de le compléter par un droit d'accès à l'internet, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2011-2012, n° 53-2046/001, déposée le 8 février 2012 par W.-F. Schiltz et L. Van Biesen (caduque) ; proposition de révision de la Constitution complétant l'article 23, afin de consacrer le principe de la neutralité des réseaux internet, déposée par V. Déom et consorts, 18 mai 2011, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2010-2011, n° 53-1471/001 (caduque). Voir également proposition de loi modifiant, en ce qui concerne l'accès à l'internet en tant que droit fondamental, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, introduite le 14 juillet 2014, par R. Deseyn, J. Van Den Bergh, N. Muylle et V. Yüksel, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr., 2014, n° 54-0060/001.

<sup>30</sup> Proposition de révision de la Constitution déposée par R. Deseyn, N. Muylle, S. Becq et J. Van den Bergh.

<sup>31</sup> Voir *infra*, III, A.

<sup>24</sup> Arrêt précité, § 64.

<sup>25</sup> Sur cette question, voir notamment P.-F. Docquir, « Internet, les raisons d'un droit d'accès », dans C. Doutreloup, F. Dubuisson et A. Strowel (dir.), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; A. Mellakauls, « L'accès à internet – Un droit de l'homme ? », CDMSI(2012)Misc3Rev, 27 février 2012, disponible à l'adresse suivante : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282012%29Misc3\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282012%29Misc3_fr.pdf).

<sup>26</sup> *Liberté de la communication sur l'internet*, déclaration adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003, lors de la 840<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, principe 4 : « Suppression des barrières concernant la participation des individus à la société de l'information ».

<sup>27</sup> F. La Rue, *Rapport du rapporteur spécial de l'ONU pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 16 mai 2011, A/HRC/17/27, § 85.

Si dans l'ordre juridique belge, le droit d'accès à l'internet en tant que tel n'a pas encore été érigé en droit de l'homme, il convient toutefois de souligner que la Belgique a transposé la directive communautaire dite « service universel » qui impose aux États membres de veiller à ce que « toutes les demandes raisonnables de raccordement en position déterminée à un réseau de communications public soient satisfaites par une entreprise au moins » et précise que « le raccordement réalisé [doit permettre] de prendre en charge [...] les communications de données [...] à des débits de données suffisants pour permettre un accès fonctionnel à l'internet, compte tenu des technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés et de la faisabilité du point de vue technique<sup>32</sup> ».

### B. Une liberté d'accès à l'internet couverte par la liberté d'expression

Dans l'attente de la consécration du droit d'accès à l'internet comme droit de l'homme à part entière, certaines composantes d'un tel droit peuvent être rattachées à l'exercice du droit à la liberté d'expression. Nul ne niera en effet que le support numérique constitue aujourd'hui le catalyseur de nombreuses libertés fondamentales, au rang desquelles figure évidemment le droit à la liberté d'expression<sup>33</sup>. Aussi des juges nationaux et internationaux, de même que le législateur européen, ont-ils pu déduire de cette liberté une certaine protection – principalement négative – du droit d'accès à l'internet<sup>34</sup>.

Le Conseil constitutionnel de France a joué un rôle pionnier dans ce domaine. Le contexte était celui de la première loi Hadopi qui prévoyait la possibilité, sans intervention d'un juge, d'une sanction administrative de déconnexion pour les internautes qui auraient récidivé dans le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées par le droit d'auteur (la fameuse « riposte graduée » à la française). Pour invalider la loi soumise à son appréciation, le Conseil constitutionnel a relevé qu'« en l'état actuel des moyens

de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [le droit à la liberté d'expression consacré par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789] implique la liberté d'accéder à ces services<sup>35</sup> ». Compte tenu de l'importance de cette liberté d'accès à l'internet, à l'estime du Conseil constitutionnel, une éventuelle sanction de déconnexion ne pouvait être imposée que par un juge.

Qu'en est-il alors sur le plan européen ?

En 1990 déjà, dans une affaire soumise par une entreprise commercialisant des antennes paraboliques, la Cour de Strasbourg avait eu l'occasion de souligner que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme « concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations<sup>36</sup> ». Par identité de motifs, on pourrait ainsi aujourd'hui considérer que l'accès à l'internet constitue également un moyen de transmettre et de capter des informations couvert par le droit à la liberté d'expression. La Cour de Strasbourg a franchi le pas à la faveur d'un arrêt récent, en soulignant que « l'internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public<sup>37</sup> ».

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne se sont également montrés préoccupés par l'impact que pouvait avoir la restriction de l'accès à l'internet sur l'exercice par les internautes de leur droit à la liberté d'expression, en soulignant que « toute mesure prise par les États membres concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et

<sup>32</sup> Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), in *Journal officiel des Communautés européennes* (JOCE), n° L 108, 24 avril 2002, p. 51. L'art. 70, § 1<sup>er</sup>, c), de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (MB, 20 juin 2005) en assure la transposition en droit belge.

<sup>33</sup> Voir notamment F. LA RUE, *op. cit.*, § 60 : « En tant que moyen par lequel le droit à la liberté d'expression peut être exercé, l'internet ne peut atteindre son but que si les États respectent leur engagement à élaborer des politiques efficaces visant à assurer l'accès universel à l'internet » (nous soulignons).

<sup>34</sup> Voir à cet égard S. TURGIS, « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, p. 17-38, spéc. p. 27-29.

<sup>35</sup> Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, § 12.

<sup>36</sup> Cour eur. D.H., plén., arrêt *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47. Dans une affaire plus récente, la Cour a tenu le même raisonnement sur le terrain des obligations positives à propos du règlement d'ordre intérieur d'un immeuble qui interdisait aux locataires d'installer une antenne pour recevoir des émissions diffusées par satellite (Cour eur. D.H., 3<sup>e</sup> sect., arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, 16 décembre 2008, § 32).

<sup>37</sup> Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, § 54 (analysé ci-dessous) ; Cour eur. D.H., déc. *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, 19 février 2013 (amenée à se prononcer sur la conformité à la Convention de la condamnation pénale des gestionnaires du site de partage de fichiers *The Pirate Bay*, la Cour a souligné que « les requérants ont fourni à autrui des moyens permettant de recevoir et de communiquer des informations au sens de l'article 10 de la Convention » et estimé que « les activités des intéressés entrent dans le champ de la protection accordée par l'article 10 § 1 de la Convention »).



leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques, qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux [...] ne peut être instituée que si elle est appropriée, proportionnée et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique, et sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates [...], y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière [...]. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti<sup>38</sup> ». Le considérant 4 de cette directive fait très clairement apparaître l'internet comme un outil central pour l'exercice du droit à la liberté d'expression : « Étant donné que l'internet est essentiel pour l'éducation et pour l'exercice pratique de la liberté d'expression et l'accès à l'information, toute restriction imposée à l'exercice de ces droits fondamentaux devrait être conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Le rapporteur spécial de l'ONU pour la liberté d'opinion et d'information a fait preuve d'une extrême réserve sur l'application d'une éventuelle sanction de déconnexion : « Supprimer l'accès à l'internet et ce, quelle que soit la justification fournie, y compris au titre de la violation des lois relatives aux droits de propriété intellectuelle, est excessif et constitue une violation du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>39</sup>. »

### C. Les conséquences du rattachement de la liberté d'accès à l'internet au droit à la liberté d'expression

L'ancrage de la liberté d'accès à l'internet dans le droit à la liberté d'expression entraîne deux conséquences majeures.

1) Aux termes de l'article 10 de la Convention, le droit à la liberté d'expression est reconnu à « toute personne ». Cette précision n'est pas anodine. Le champ d'application d'une liberté d'accès à l'internet fondée sur le droit à la liberté d'expression est potentiellement très vaste. Ainsi, dans plusieurs requêtes actuellement pendantes devant la Cour de Strasbourg, des

<sup>38</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 3bis, de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), in JOCE, n° L 108, 24 avril 2002, p. 33, introduit par la directive 2009/140/CE précitée, Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), n° L 337, 18 décembre 2009, p. 37.

<sup>39</sup> Rapport précité, § 78.

prisonniers invoquent le droit à la liberté d'expression pour se plaindre de refus des autorités de les laisser accéder à l'internet<sup>40</sup>.

2) S'il ne semble pas constituer une base suffisante permettant d'imposer à un État de fournir positivement un accès à l'internet aux citoyens<sup>41</sup>, le rattachement à la liberté d'expression présente l'avantage de fournir un cadre précis pour apprécier les éventuelles restrictions que les États pourraient apporter à l'accès à tout ou partie du réseau. En effet, pas davantage que le droit à la liberté d'expression auquel elle se rattache, la liberté d'accès à l'internet ne constitue une liberté absolue. Les États disposent ici aussi de la faculté d'en limiter l'exercice. Il reste que, conformément au second paragraphe de l'article 10 de la Convention, toute ingérence dans l'exercice de cette liberté doit être prévue par la loi (condition de légalité), poursuivre un but légitime parmi ceux limitativement énumérés par cette disposition (condition de légitimité) et constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique à la réalisation de cet objectif (condition de proportionnalité).

L'affaire *Yildirim c. Turquie* permet d'illustrer l'exigence de légalité de l'ingérence dans le contexte des mesures de blocage d'accès à des contenus diffusés sur la Toile. En l'espèce, un universitaire se plaignait non du blocage d'accès à la totalité de l'internet, mais du blocage d'accès à l'ensemble de la plate-forme *Google Sites* sur laquelle se trouvait hébergé son site internet personnel. Le blocage avait été prononcé par les autorités turques en raison de l'hébergement sur la même plate-forme d'un site Web, totalement indépendant de celui du requérant, qui portait prétendument atteinte à la mémoire d'Atatürk, père de la Turquie laïque. Dans cette affaire, la Cour européenne a considéré que le fait, pour les juges nationaux, d'avoir pu valider une mesure de blocage présentant de tels effets collatéraux ne pouvait trouver sa source que dans un défaut de cadre légal suffisamment prévisible. Elle a conclu à l'unanimité à la violation du droit à la liberté d'expression du requérant.

Dans une affaire actuellement pendante devant la Cour de Strasbourg, un détenu se plaint de n'avoir pu accéder à l'internet pour s'inscrire à des cours universitaires. Or, d'après le requérant, le règlement d'ordre intérieur de la prison ne contenait qu'une interdiction d'utiliser le téléphone ou des moyens de radio-communication, mais rien n'était prévu spécifiquement à propos de l'utilisation de l'internet<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Voir les affaires évoquées ci-dessous.

<sup>41</sup> Sous la réserve de l'obligation de service universel. Cf. *supra*, I, A.

<sup>42</sup> *Jankovskis c. Lituanie*, requête introduite le 7 janvier 2008, communiquée le 27 septembre 2010, n° 21575/08.



Comment faut-il alors apprécier la nécessité de la restriction de la liberté d'accès à l'internet ?

À ce jour, la Cour de Strasbourg n'a pas encore dégagé de balises claires en la matière. Il s'agira en toute hypothèse d'en faire assez sans en faire trop. En effet, le blocage d'accès à tout ou partie de l'internet doit en même temps être approprié, c'est-à-dire être capable d'atteindre le but légitime poursuivi ou à tout le moins contribuer effectivement à sa réalisation, et voir ses effets négatifs pour la liberté d'expression limités au strict nécessaire<sup>43</sup>, ce qui supposera souvent dans le chef du juge un savant exercice de dosage.

Dans son appréciation de la proportionnalité d'une restriction d'accès au réseau, la Cour européenne pourrait prendre en considération l'existence de moyens alternatifs à la disposition du requérant en vue d'exercer son droit de transmettre ou de recevoir des informations ou des idées<sup>44</sup>. Le caractère satisfaisant des moyens alternatifs risque cependant d'être mis en cause au regard de l'importance prise par l'internet parmi les moyens de communication et de l'indéniable facilité d'accès à l'information offerte par le réseau. Ainsi, dans une des affaires pendantes devant la Cour<sup>45</sup>, le requérant, détenu, se plaint de l'impossibilité d'accéder, pour les besoins de sa défense en justice, à des ressources juridiques disponibles sur l'internet. Les juridictions nationales avaient refusé de revenir sur la décision des autorités pénitentiaires, en faisant valoir que les informations recherchées pouvaient être obtenues par d'autres biais, notamment par la voie d'une demande motivée adressée aux autorités concernées. Peut-on cependant se contenter du seul argument de l'accessibilité à d'autres moyens d'information, qui ne présentent certainement pas la même efficacité, pour conclure à l'admissibilité d'une restriction d'accès à l'internet ? À défaut de preuve d'une quelconque menace pour la sécurité publique et d'un coût excessif pour les autorités publiques, peut-on vraiment considérer qu'il était nécessaire, dans un cas comme celui-ci,

<sup>43</sup> À ce propos, voir *infra*, nos développements relatifs à l'arrêt *UPC*.

<sup>44</sup> Voir à cet égard Cour eur. D.H., arrêt *Kurshid Mustafa et Tarzibachi*, précité, § 45, où, pour apprécier l'impact du refus opposé par un propriétaire à des locataires d'origine irakienne de placer une antenne parabolique leur permettant de capter des émissions télévisées de leur région d'origine en arabe ou en farsi, la Cour relève qu'« il n'a pas été avancé que les requérants pouvaient [...] recevoir ces programmes ou des programmes similaires par un autre moyen que l'installation satellite en question [...]. Ils auraient peut-être pu trouver certaines informations dans les journaux et les programmes radiodiffusés étrangers, mais ces sources d'information ne couvrent qu'une partie des contenus télévisés, auxquels ils ne sauraient en aucune manière être considérés comme équivalents. De plus, il n'a pas été démontré que le propriétaire ait par la suite installé un accès à internet haut débit ou un autre moyen pour les locataires de l'immeuble de recevoir ces programmes télévisés » (nous soulignons).

<sup>45</sup> *Kalda c. Estonie*, requête introduite le 16 mars 2010, communiquée le 23 octobre 2013, n° 17429/10.

de priver le requérant de tout accès à l'internet ? Telles sont les questions auxquelles devra prochainement répondre la Cour de Strasbourg.

### 3. LA JOUISSANCE PAR LES INTERNAUTES DU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET

Par sa facilité d'accès, l'internet recèle la possibilité d'un véritable espace public de discussion dont on connaît l'importance pour le projet démocratique<sup>46</sup>. Dans une déclaration déjà citée adoptée en 2005, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe formait le vœu que le développement des technologies et des services de l'information et de la communication contribue « à ce que toute personne jouisse des droits garantis par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'intérêt de chacun et dans celui de la culture démocratique de toute société »<sup>47</sup>.

En dépit de ses formidables potentialités, l'internet a pourtant tout d'un colosse aux pieds d'argile. En effet, pour transmettre et recevoir des idées ou des informations par le biais du réseau, l'internaute ne peut se passer du concours d'intermédiaires qui possèdent l'infrastructure du réseau, fournissent un accès à l'internet, hébergent des informations ou indexent les sites Web et assurent leur référencement. Le rôle essentiel qui est confié à ces différents intermédiaires, souvent constitués sous la forme d'entreprises privées, entraîne un certain nombre de risques pour l'exercice du droit à liberté d'expression en ligne.

Dans le cadre limité de la présente contribution, trois questions majeures méritent d'être abordées. Seront successivement évoquées la neutralité du réseau (A), la protection de la liberté d'expression à l'égard des standards de liberté d'expression définis par des sociétés privées et le rôle que les États ont à jouer dans ce contexte (B), ainsi que la prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires, entendus dans un sens large (C).

<sup>46</sup> Voir E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », in *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 60, 2010, p. 86-99, ici p. 88.

<sup>47</sup> Déclaration sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la société de l'information adoptée par le Comité des ministres le 13 mai 2005 lors de la 926<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

## A. La neutralité du réseau

Le premier danger concerne les opérateurs de réseaux et les fournisseurs d'accès à l'internet et porte sur ce qu'il est convenu d'appeler la *neutralité du réseau*<sup>48</sup>.

La question qui se pose est celle de savoir s'il est acceptable du point de vue de la liberté d'expression que la qualité de transmission et de réception des données sur l'internet dépende de critères comme le type d'information et de contenu consulté et diffusé par les internautes, les catégories d'application et de services auxquels ils recourent ou les fournisseurs qui les mettent à leur disposition<sup>49</sup>.

Les discussions actuelles<sup>50</sup> autour de la neutralité du réseau soulèvent d'évidentes interrogations sur le plan de la liberté d'expression et en particulier au sujet du pluralisme des idées et des informations transmises et reçues par l'entremise de l'internet. Or, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, à la faveur de plusieurs récents arrêts concernant les médias audiovisuels, « il n'est pas de démocratie sans pluralisme », la haute juridiction soulignant qu'« au devoir négatif de non-ingérence s'ajoute pour l'État l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif<sup>51</sup> ». Cet enseignement

pourrait sans nul doute être transposé à l'internet, en particulier à l'heure de la télévision connectée<sup>52</sup>.

Dans une déclaration de 2010, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe considérait déjà que « le droit des utilisateurs à accéder à l'information et à la diffuser en ligne, ainsi que le développement de nouveaux outils et services pourraient être défavorablement affectés par une gestion non transparente du trafic, une discrimination à l'égard des contenus et des services ou des entraves à la connectivité des appareils<sup>53</sup> », en précisant clairement que toute exception au principe de la neutralité des réseaux devrait être dûment justifiée conformément à l'article 10 de la Convention<sup>54</sup>.

Par principe, les autoroutes de l'information devraient rester accessibles à tous les usagers, sans discrimination, et quelles que soient les raisons pour lesquelles ils les empruntent.

## B. Les standards de liberté d'expression définis par des entreprises privées et les obligations positives des États

Une deuxième menace réside dans l'application aux propos échangés sur la Toile de standards de liberté d'expression dictés par les entreprises privées qui détiennent l'infrastructure de l'internet, en particulier les fournisseurs de services d'hébergement et les gestionnaires de réseaux sociaux.

On se rappelle ainsi de la censure par Facebook de la reproduction du tableau *L'Origine du monde* du peintre Gustave Courbet et de l'exclusion qu'elle avait valu à l'un de ses utilisateurs. Le problème cependant est d'ordre général et pèse quotidiennement sur l'exercice de la liberté d'expression en ligne<sup>55</sup>. Doit-on admettre que le droit à la liberté d'expression des internautes s'arrête purement et simplement aux portes des sites de réseaux sociaux ? Les gestionnaires de tels sites sont-ils libres d'adopter toutes les restrictions qu'ils désirent ? Le charbonnier doit-il être (totalement) maître chez lui ?

et Cour eur. D.H., 4<sup>e</sup> sect., arrêt *Manole et autres c. Moldavie*, 17 septembre 2009, § 95-102. Voir également l'article 11, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que « la liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

<sup>52</sup> Voir à cet égard P.-F. Docquir et M. Hanot (dir.), *Nouveaux écrans, nouvelle régulation ?*, Bruxelles, Larcier, 2013.

<sup>53</sup> Déclaration sur la neutralité du réseau, adoptée le 29 septembre 2010 lors de la 1094<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, § 3.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § 6.

<sup>55</sup> Pour d'autres exemples, voir F. Dubuisson, *op. cit.*, p. 140-141.

<sup>48</sup> À ce sujet, voir, entre autres études, A. Strowel (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'internet en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; O. Braet, H. Jacquemin, R. Queck, M. Piron, L. Schumacher, D. Stevens et P. Valcke, « La réglementation de la neutralité du réseau en Belgique – Réflexions et recommandations », in *RDTI*, 2014, p. 5-26.

<sup>49</sup> La neutralité du réseau a pu être définie comme « le principe du traitement égal du trafic du réseau » (cf. BEREC, *Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality*, BoR (14) 117, 25 septembre 2014, p. 6, note 5, nous traduisons), comme « le principe selon lequel toutes les communications électroniques passant par un réseau sont traitées de manière égale », c'est-à-dire « indépendamment (i) de leur contenu, (ii) de l'application, (iii) du service, (iv) de l'équipement, (v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire » (BEREC, *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, BoR (10) 42, 30 septembre 2010, p. 2-3, nous traduisons). Voir également la résolution législative du Parlement européen du 3 avril 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)), où on lit que « le principe de 'neutralité de l'internet' dans l'internet ouvert signifie que tout le trafic devrait être traité de la même manière, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'émetteur, le récepteur, le type, le contenu, l'appareil, le service ou l'application ».

<sup>50</sup> La question fait aujourd'hui l'objet d'intenses discussions au sein des organes décisionnels de l'Union européenne. Voir notamment la Résolution législative du Parlement européen précitée.

<sup>51</sup> À propos de l'obligation positive des États de garantir un certain pluralisme dans le paysage audiovisuel, et en particulier dans les médias audiovisuels de service public, voir respectivement Cour eur. D.H., gde. ch., arrêt *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, 7 juin 2012, § 129-134

De tels dangers ont déjà été soulignés à maintes reprises. En 2011 dans une déclaration sur « la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plates-formes internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne<sup>56</sup> », le Comité des ministres du Conseil de l'Europe affirmait déjà que « la libre parole sur l'internet fait face à de nouveaux défis et qu'elle pourrait être victime des mesures prises par des plates-formes internet gérées par des exploitants privés et des prestataires de services en ligne<sup>57</sup> ». En 2012, dans une recommandation « sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux<sup>58</sup> », le Comité des ministres a encore relevé que la liberté d'expression pouvait être menacée sur les sites de réseaux sociaux, notamment en cas d'exclusion d'utilisateurs<sup>59</sup> ou à défaut pour ces derniers de pouvoir contester les décisions prises par les gestionnaires de ce type de plates-formes<sup>60</sup>. Par sa recommandation, le Comité des ministres a donc invité les États à « offrir un environnement qui permette aux utilisateurs de réseaux sociaux de continuer à exercer leurs droits et libertés », au rang desquels figure bien entendu le droit à la liberté d'expression.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore reçu l'occasion de se prononcer directement sur la question mais elle a depuis longtemps développé la théorie des « obligations positives » qui imposent aux États de garantir la liberté d'expression jusque dans les rapports entre personnes privées<sup>61</sup>.

En particulier, la Cour de Strasbourg, dans un autre contexte que celui de l'internet, a déjà pu souligner l'importance pour les individus de pouvoir accéder à des espaces privés en vue d'exercer leur droit à la liberté d'expression<sup>62</sup>. Dans une affaire *Appleby c. Royaume-Uni* qui concernait l'accès aux archives d'un supermarché par des citoyens qui souhaitaient y informer

les passants sur un sujet d'intérêt général, la Cour a ainsi considéré que, si l'article 10 de la Convention ne donne pas « la liberté de choisir un forum » en vue d'exercer son droit à la liberté d'expression, on ne peut pour autant exclure, « lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie », que « l'État puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété<sup>63</sup> ». Et la Cour de donner l'exemple d'« une ville appartenant à une entreprise, dans laquelle la municipalité tout entière [serait] contrôlée par un organisme privé<sup>64</sup> ». Si la gestion des espaces éditoriaux est en principe laissée à la seule appréciation de ceux qui en ont la maîtrise, des circonstances exceptionnelles, telle une situation de monopole ou de quasi-monopole, semblent de nature à engendrer l'obligation dans le chef des États de garantir le droit à la liberté d'expression à l'égard des intermédiaires privés. Toute la question est alors de savoir à partir de quelle part de marché un site de réseau social pourrait être considéré dans une telle situation<sup>65</sup>...

En tout état de cause, les États devraient faire en sorte d'imposer aux fournisseurs de réseaux sociaux la mise en place de garanties procédurales<sup>66</sup> et le respect d'une exigence de transparence en vertu de laquelle ces derniers seraient tenus d'« informer clairement les utilisateurs sur la politique éditoriale du fournisseur de service de réseau social en ce qui concerne ses modalités de traitement de contenus apparemment illicites et ce qu'il considère comme un contenu ou un comportement inapproprié sur le réseau<sup>67</sup> ».

Déclaration adoptée le 7 décembre 2011 lors de la 1129<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

*Ibid.*, § 5.

CM/Rec(2012)4, adoptée le 4 avril 2012 lors de la 1139<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

*Ibid.*, spéc. § 3.

*Ibid.*, spéc. § 3 et 5.

Voir à ce sujet, Division Recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, « Positive obligations on member States under Article 10 to protect journalists and prevent impunity », décembre 2011.

Sur la question de la protection par l'article 10 de la Convention de l'accès à la tribune médiatique, voir la thèse de P.-F. Docquir, *La liberté d'expression dans le réseau mondial de communication: propositions pour une théorie du droit d'accès à l'espace public privatisé*, Université libre de Bruxelles, 2009.

<sup>63</sup> Cour eur. D.H., 4<sup>e</sup> sect., arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, 5 mai 2003, § 47.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>65</sup> I. BROWN, « Liberté d'expression, de réunion et d'association en ligne et liberté des médias en Europe », Rapport, *Liberté d'expression et démocratie à l'âge numérique – Opportunités, droits, responsabilités*, Belgrade, 7-8 novembre 2013, Conférence des ministres du Conseil de l'Europe responsables des médias et de la société de l'information, MCM(2013)007, p. 19. Rapp. F. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 140-141 : « [...] on ne saurait nier le fait que certains de ces services ont acquis un statut à ce point essentiel pour la diffusion des idées et le développement d'activités commerciales sur internet qu'il est problématique que l'évaluation du caractère admissible des contenus soit laissée à ces opérateurs privés, avec un pouvoir d'appréciation aussi large, voire arbitraire. »

<sup>66</sup> CM/Rec(2012)4, adoptée le 4 avril 2012 lors de la 1139<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, § 3 et 5.

<sup>67</sup> *Ibid.*, annexe, I § 3.

### C. La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires

Au-delà des situations dans lesquelles les entreprises privées décident de leur propre chef de limiter la liberté d'expression des internautes sur les plates-formes dont elles assurent la gestion, il faut également éviter que les États n'incitent ces entreprises à censurer les propos des usagers par crainte d'engager leur propre responsabilité. Le problème n'est pas neuf, il avait déjà été perçu lors de l'adoption de la Constitution belge en 1831. Les membres du Congrès national avaient alors tenté d'y remédier en prévoyant l'interdiction de poursuivre les intermédiaires de la presse imprimée (l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur) dans la situation où l'auteur est connu et domicilié en Belgique<sup>68</sup>. L'idée du constituant originaire était double. Il devait s'agir tout à la fois d'encourager les intermédiaires à contribuer à la diffusion des propos de l'auteur et de ménager la possibilité pour l'éventuelle victime des propos diffusés de pouvoir poursuivre un responsable établi en Belgique.

Dans le contexte spécifique de l'internet, les textes européens, aussi bien de l'Union européenne<sup>69</sup> que du Conseil de l'Europe<sup>70</sup>, ont tenté de limiter les hypothèses dans lesquelles la responsabilité de certains intermédiaires techniques de l'internet peut être engagée, en prévoyant un régime d'exonérations conditionnelles de responsabilité<sup>71</sup>. Parmi les intermédiaires visés, l'on retrouve le fournisseur d'accès à l'internet et le fournisseur d'hébergement. Ces textes excluent également la possibilité de faire supporter à ces intermédiaires une obligation générale de surveillance de l'ensemble des contenus qui transitent par eux<sup>72</sup>. L'un des objectifs majeurs poursuivis par l'adoption

de ces textes européens était de garantir le droit à la liberté d'expression des internautes sur la Toile<sup>73</sup>. Le régime de responsabilité des intermédiaires de l'internet soulève de nombreuses difficultés. Pour les besoins de l'étude, nous en retiendrons quatre. Seront tour à tour analysés la définition des activités protégées par le régime de responsabilité allégée (a), les conditions auxquelles une exonération peut être octroyée au fournisseur d'hébergement (b), le problème des mesures de filtrage et de blocage déterminé (c) et le sort réservé aux gestionnaires de moteurs de recherche, non directement visés par le régime de responsabilité allégée prévu par les textes européens (d).

#### a. La définition des activités protégées par le régime de responsabilité des intermédiaires de l'internet

Au sein de l'ordre juridique européen, composé aussi bien de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe, le champ d'application du régime de responsabilité des intermédiaires est aujourd'hui sujet à discussion.

La Cour de Justice de l'Union européenne a clairement affirmé que les fournisseurs de service du Web 2.0 ou du Web participatif – soit les gestionnaires de forums de discussion, de sites de réseaux sociaux ou de blogs – pouvaient bénéficier du régime des exonérations de responsabilité prévu par le droit européen, à condition que leur activité revête « un caractère 'purement technique, automatique et passif', impliquant que [lesdits prestataires] n'[aient] pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées<sup>74</sup> » et qu'ils respectent les conditions particulières prévues par la directive sur le commerce électronique.

Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir validé une lecture plus restrictive opérée par des juges nationaux. Dans un arrêt *Delfi AS c. Estonie*, rendu le 10 octobre 2013, la haute juridiction strasbourgeoise a ainsi jugé conforme à l'article 10 de la Convention la condamnation d'un portail d'informations en ligne qui s'était borné à permettre aux internautes de poster des commentaires sous un article de presse en ligne.

et à bloquer le partage de contenu protégé par le droit d'auteur. Cf. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., arrêt *Scarlet c. Sabam*, 24 novembre 2011, C-70/10 ; CJUE, 3<sup>e</sup> ch., arrêt *Sabam c. Netlog*, 16 février 2012, C-360/10.

<sup>73</sup> E. MONTERO et Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 86-99.

<sup>74</sup> CJUE, gde. ch., *Google France*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, § 114 ; CJUE, gde. ch., *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, 12 juillet 2011, C-324/09, spéc. § 113 et s. Voir *a contrario*, CJUE, 7<sup>e</sup> ch., *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi et Giorgos Sertis*, 11 septembre 2014, C-291/13, § 42 : « [...] dès lors qu'une société éditeur de presse qui publie sur son site internet la version électronique d'un journal a, en principe, connaissance des informations qu'elle publie et exerce un contrôle sur celles-ci, elle ne saurait être considérée comme un 'prestataire intermédiaire' au sens des articles 12 à 14 de la directive 2000/31. »

<sup>68</sup> Ce régime dit de la « responsabilité en cascade » est prévu à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution belge. À ce jour, l'applicabilité de ce mécanisme à l'internet reste une question controversée.

<sup>69</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), in JOCE, n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1-16, spéc. art. 12-15.

<sup>70</sup> Déclaration sur la liberté de communication sur l'internet, adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003, lors de la 840<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, principes 3 et 6.

<sup>71</sup> Sur les rapports entre la liberté d'expression et le régime d'exonérations de responsabilité au profit de certaines activités d'intermédiation dans l'univers numérique, voir E. MONTERO et Q. VAN ENIS, *op. cit.* ; F. DUBUISSON, « Société de l'information, médias et liberté d'expression – Chronique 2012 », in *Journal européen des droits de l'homme (JEDH)*, n° 3, 2013, p. 467-470 ; F. DUBUISSON et I. RORIVE, « La liberté d'expression à l'épreuve d'internet », dans *Entre ombres et lumières. Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 361-394, spéc. p. 371-379.

<sup>72</sup> C'est au titre de cette interdiction et en raison des risques pour le droit à la liberté d'expression des internautes que, par deux fois, la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que l'on ne pouvait imposer aux intermédiaires une mesure générale de filtrage visant à déceler

L'article en question, irréprochable en soi, critiquait une société de ferries et son directeur dont l'activité avait, semble-t-il, conduit à rompre les routes de glace qui se forment sur les lacs dans les pays du Nord et que les voitures peuvent emprunter à leur guise durant l'hiver. La position retenue par la Cour européenne apparaît discutable à plus d'un titre et on ne peut que se féliciter à cet égard que l'affaire ait été soumise pour réexamen à la Grande chambre, laquelle devra se prononcer dans les prochains mois. Le principal grief que l'on peut adresser à la position adoptée par la Cour dans son arrêt de chambre est sans doute d'avoir jugé « prévisible » la qualification retenue par les juridictions estoniennes, lesquelles avaient considéré le portail comme éditeur plutôt que comme hébergeur des commentaires litigieux, alors que le gestionnaire ne semblait pas avoir disposé d'un contrôle direct sur les contributions des internautes. La Cour a par ailleurs considéré la condamnation du portail comme proportionnée à la protection de la réputation des personnes mises en cause dans les commentaires et ce, en prenant appui sur la base d'une série d'arguments.

Attardons-nous sur deux d'entre eux qui se situent au cœur de la protection de la liberté d'expression sur l'internet.

Aux yeux de la Cour, les mesures mises en œuvre par la société pour limiter les risques d'atteinte à la réputation d'autrui n'apparaissent pas suffisantes (les commentaires étaient modérés *a posteriori* avec une possibilité de signalement et un filtrage par mots-clés). On voit mal cependant quelle mesure technique aurait pu être mise en œuvre par le portail sans mettre en place une mesure générale de filtrage, déjà bannie par la Cour de Luxembourg, en raison de l'interdiction d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance de l'ensemble des contenus qui transitent par eux<sup>75</sup>.

Un second élément décisif dans le raisonnement de la Cour à propos de la nécessité de la condamnation du portail réside dans le fait que ce dernier autorisait les internautes à poster des commentaires sans devoir s'identifier au préalable, ce qui rendait illusoire d'éventuelles actions civiles dirigées contre les internautes, auteurs directs des propos litigieux. Cet argument paraît plus convaincant que le premier car la liberté d'expression sur l'internet doit s'accompagner de la possibilité effective de sanctionner les abus engendrés par son exercice. Et la sanction des abus dépend bien entendu de la possibilité d'identifier leurs auteurs. Comme la Cour de Strasbourg l'avait déjà elle-même souligné dans un précédent arrêt concernant la protection de la vie privée sur le net : « Même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales [...], cette

garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui<sup>76</sup>. »

La position qui sera adoptée par la Grande chambre de la Cour européenne aura sans nul doute un impact crucial sur la définition de la responsabilité des fournisseurs de service sur la Toile et, par voie de conséquence, sur l'exercice de la liberté d'expression de l'ensemble des internautes.

Le statut des intermédiaires de l'internet soulève d'autres difficultés non moins épineuses, lesquelles, par un jeu de domino, rejaillissent nécessairement sur le degré de liberté d'expression dont jouissent les internautes.

*b. Les conditions auxquelles l'exonération de responsabilité peut être reconnue aux intermédiaires et, en particulier, au fournisseur d'hébergement*

En vertu de l'article XII.19 du Code de droit économique qui assure la transposition en droit belge de la directive européenne sur le commerce électronique<sup>77</sup>, l'hébergeur peut se prévaloir d'une exonération de responsabilité à condition qu'il n'ait pas connaissance de l'existence de l'information illicite ou qu'il agisse promptement, dès le moment où il a une telle connaissance, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, et pour autant qu'il en avise sur le champ le procureur du Roi. Un tel régime ne va pas sans risque pour l'exercice de la liberté d'expression en ligne. L'hébergeur se voit confier le soin de déterminer le caractère licite des informations qu'il contribue à diffuser et il ne peut être exclu que la peur d'une sanction l'amène à retirer des contenus parfaitement licites de l'internet. Comme il a été souligné par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « il peut être dangereux du point de vue de la liberté d'expression et d'information que les fournisseurs de services suppriment trop rapidement un contenu après réception d'une plainte. Un contenu parfaitement légitime pourrait ainsi être supprimé par crainte de voir sa responsabilité juridique mise en cause<sup>78</sup> ».

<sup>76</sup> Cour eur. D.H., 4<sup>e</sup> sect., arrêt *K.U. c. Finlande*, 2 décembre 2008, § 49.

<sup>77</sup> Le Code de droit économique a abrogé et remplacé la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information qui avait elle-même transposé en droit belge la directive européenne 2000/31 sur le commerce électronique.

<sup>78</sup> Déclaration sur la liberté de la communication sur l'internet, adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003 lors de la 840<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, note explicative, p. 11-12. Voir également, D. MIJATOVIC, « Shaping policies to advance media freedom », Recommandations de la représentante de l'OSCE pour la liberté des médias, 2013 (disponible à l'adresse : <http://www.osce.org/fom/100112>), p. 3, recommandation 4 : « Le fait de retenir la responsabilité des intermédiaires à raison du contenu publié ou créé par les utilisateurs menace la jouissance de la liberté d'opinion et d'expression car il conduit à une censure privée

<sup>75</sup> Cf. *supra*.

En cas de doute sur la légalité ou l'illégalité d'un propos<sup>79</sup>, l'intermédiaire sera rarement incité à le laisser en ligne<sup>80</sup>. D'aucuns ont ainsi pu écrire que le mécanisme européen d'exonération « n'est finalement rien de moins qu'un incitant économique à la censure privée<sup>81</sup> ».

Des solutions existent pour remédier à ce danger. On songe en particulier à la mise en œuvre d'une procédure de « *notice and take down* » qui permettrait de répartir adéquatement les responsabilités entre l'hébergeur et l'auteur du contenu litigieux, chargé de faire valoir ses arguments dans un délai déterminé, tout en fournissant une réponse rapide à la demande de la victime. Force est cependant de constater que la consécration d'une telle procédure tarde à voir dans notre pays.

### c. La prévention de la censure indirecte à l'égard de mesures de filtrage et de blocage déterminé

Les injonctions visant à mettre en place des mesures de filtrage et de blocage spécifique ne sont pas interdites par le régime de responsabilité spécifique des intermédiaires de l'internet prévu par le droit européen, lequel se borne à prohiber l'imposition à ces intermédiaires d'une obligation générale de surveillance. Le droit à la liberté d'expression n'en doit pas moins être respecté dans ce contexte. Il s'agit en tout état de cause de satisfaire à l'exigence de proportionnalité inscrite dans les textes de protection des droits de

auto-protectrice et mal calibrée et à des décisions non transparentes et potentiellement arbitraires, souvent en l'absence de tout processus judiciaire » (nous traduisons).

<sup>79</sup> Voir A. STROWEL et F. TULKENS, « Les intermédiaires dans la communication, des censeurs malgré eux? », dans *Censures*, Actes du colloque du 16 mai 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 97-123, p. 121 : « [...] quand bien même il y a connaissance d'une prétendue atteinte, à la suite d'une plainte par exemple, il restera à déterminer le caractère illicite ou non du contenu en cause, ce qui en théorie pourrait s'avérer délicat, et les intermédiaires répugnent d'ailleurs à s'engager dans cette voie qui risquerait de les transformer en censeurs malgré eux. »

<sup>80</sup> Voir F. LA RUE, *op. cit.*, § 42 : « Étant donné que les intermédiaires peuvent [...] être tenus responsables sur le plan financier ou, dans certains cas, pénal, s'ils ne suppriment pas le contenu jugé illégal dès qu'il (sic) reçoivent une notification de la part d'autres utilisateurs, ils ont tendance à pencher du côté de la sécurité en censurant de manière trop excessive des contenus qui pourraient être considérés illégaux. » Cela est d'autant plus vrai que l'hébergeur aura généralement pris soin d'exclure toute responsabilité à l'égard de son client pour un retrait de contenu injustifié. Voir à ce sujet, F. DUBUISSON, « Les restrictions à l'accès au contenu d'internet... », *op. cit.*, p. 138-142.

<sup>81</sup> F. DUBUISSON et I. RORIVE, *op. cit.*, p. 375 et les réf. citées. Voir aussi D. FESLER, « Responsabilités en cascade ou la responsabilité aquilienne sur internet », dans *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 67-109, p. 100 : « On voit [...] qu'il y va de la liberté d'expression dès lors qu'un 'surcroît' de responsabilité pour les intervenants autres que l'émetteur d'une information entraînera normalement un rétrécissement de l'expression libre sur internet qui en est pourtant une caractéristique originelle. »

l'homme et qui requiert dans le même temps d'en faire assez sans en faire trop, en vue de protéger d'autres intérêts légitimes<sup>82</sup>.

Dans un récent arrêt *UPC Wien Telekabel*, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la possibilité pour un juge d'enjoindre à un fournisseur d'accès à l'internet d'empêcher l'accès à une série de sites Web déterminés qui enfreignaient le droit d'auteur<sup>83</sup>. En l'espèce, l'injonction avait ceci de particulier qu'elle ne précisait pas le dispositif de blocage concret à mettre en œuvre par le fournisseur d'accès mais réservait la possibilité d'une condamnation du fournisseur d'accès à payer des astreintes si le blocage n'était pas jugé satisfaisant par les ayants-droit.

Dans son arrêt, la Cour a précisé que le fournisseur d'accès doit veiller à respecter le droit des internautes d'accéder aux informations. Pour la Cour, le dispositif de blocage mis en place par le fournisseur d'accès doit donc tout à la fois présenter une certaine efficacité – empêcher les consultations non autorisées ou à tout le moins les rendre difficilement réalisables et dissuader sérieusement les utilisateurs –, et, dans le même temps, ne peut conduire à priver « inutilement » les utilisateurs d'internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles<sup>84</sup>.

Si l'on peut rejoindre la Cour sur la nécessité d'une mise en balance entre droits concurrents – en l'occurrence la protection des droits de propriété intellectuelle et le droit à la liberté d'expression –, l'admission d'une « délégation » de cet exercice au fournisseur d'accès est plus contestable, notamment au regard des considérations déjà émises sur la nécessité de prévenir tout risque de censure privée par les intermédiaires de l'internet.

En vue sans doute d'atténuer les effets de la « responsabilisation » du fournisseur d'accès, la Cour de Justice a dès lors considéré qu'une possibilité devait être offerte aux internautes de saisir un juge *a posteriori* en vue de contester la mise en balance effectuée par le fournisseur d'accès<sup>85</sup>.

Une telle prise en compte du droit des internautes à recevoir l'information est louable. L'on observera tout d'abord qu'assez étonnement, la Cour n'a pas imposé la reconnaissance d'un droit similaire en faveur des propriétaires de

<sup>82</sup> Cf. *supra*, II, C, notre analyse de l'arrêt *Yildirim*. Voir également notre étude, Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet... », *op. cit.*, p. 859-886.

<sup>83</sup> CJUE (4<sup>e</sup> ch.), 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, C-314/12. Pour un commentaire de cet arrêt, voir V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MONY, « Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de Justice affine sa jurisprudence », in *RDTI*, 2014, p. 38-60.

<sup>84</sup> Arrêt *UPC* précité, § 63-64.

<sup>85</sup> Arrêt *UPC* précité, § 57.



sites bloqués. Ensuite, la possibilité d'exercice d'une action judiciaire *a posteriori* ne nous semble pas suffisante pour justifier la délégation de la mise en balance entre les différents intérêts en présence à des entreprises privées, lesquelles risquent, si elles n'en font pas assez, d'être obligées à payer des astreintes aux ayants-droit. Une possibilité d'action *a posteriori* par les internautes ne remplacera jamais la prise en compte *a priori* par le juge des intérêts attachés au droit à la liberté d'expression. En effet, elle suppose tout d'abord que l'utilisateur soit au courant de la restriction litigieuse et qu'il veuille aller jusqu'à s'engager dans une action en justice pour accéder au contenu en cause. Il pourra ensuite s'avérer difficile dans le chef de l'internaute de démontrer un véritable intérêt à agir. Ainsi, dans une récente décision *Akdeniz c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'utilisateur régulier de sites Web consacrés à la musique ne pouvait se prétendre « victime » d'une violation de ses droits garantis par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pour se plaindre de leur blocage par les autorités turques<sup>86</sup>.

À notre avis, la seule manière de ménager le droit du public à recevoir des informations et des idées par le biais de l'internet à l'égard des mesures de blocage ou de filtrage ciblé, c'est d'imposer au juge de tenir compte de l'exercice de ce droit dans la mise en balance qu'il doit lui-même effectuer entre le droit à la liberté d'expression et les intérêts légitimes qui justifient l'adoption d'une mesure restrictive de ce droit<sup>87</sup>.

*d. Le sort des moteurs de recherche non visés par le régime particulier de responsabilité prévu par le droit européen*

Enfin, une quatrième et dernière difficulté consiste à définir le statut des intermédiaires qui ne seraient pas visés par le régime spécifique de responsabilité des intermédiaires. L'on songe en particulier aux moteurs de recherche auxquels la Cour de Justice de l'Union européenne a récemment considéré, par un arrêt *Google Spain*, qu'il pouvait être fait obligation de déréférencer des résultats qui, affichés après une requête sous les nom et prénom d'une personne physique, renverraient vers des informations jugées « incomplètes, inexacts, inadéquates, excessives ou pas ou plus pertinentes », en l'absence d'un intérêt prépondérant du public à pouvoir accéder à ces données, et quand

<sup>86</sup> Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., déc. *Akdeniz c. Turquie*, 11 mars 2014.

<sup>87</sup> Voir Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », in *JEDH*, n° 2, 2015, à paraître.

bien même ces dernières seraient licitement publiées sur la Toile<sup>88</sup>. C'est ce qui est souvent désigné comme un « droit à l'oubli » opposable aux moteurs de recherche mais qui constitue plus exactement une faculté déduite des droits existants permettant à toute personne concernée par un traitement de données à caractère personnel de s'opposer, dans certaines circonstances, au traitement de ses données.

Nul ne minimisera l'importance de la protection des données à caractère personnel dans l'univers numérique. On peut néanmoins s'étonner du peu de cas qui a été fait dans l'arrêt *Google Spain* du droit à la liberté d'expression et, en particulier, du droit du public à recevoir les informations, qui se trouve pourtant consacré par les textes de protection des droits de l'homme<sup>89</sup>. À cet égard, la formulation de l'arrêt est éloquente. Pour la Cour de Justice, les *droits fondamentaux* au respect de la vie privée et à la protection des données *prévalent en principe* non seulement sur l'intérêt économique du fournisseur de moteur de recherche mais également sur l'intérêt du public à accéder à l'information, à moins d'un intérêt prépondérant du public à accéder à l'information<sup>90</sup>. Une nouvelle fois, la Cour de Justice laisse aux moteurs de recherche – soit à des entreprises privées – le soin d'opérer la balance entre les intérêts en présence et de définir eux-mêmes ce qui ressortit à cet intérêt prépondérant du public. Contrairement à sa position dans l'affaire *UPC*, la Cour n'a cette fois nullement fait écho à la nécessité de mettre en place un mécanisme judiciaire destiné à ménager le droit du public à accéder aux informations. On relèvera d'ailleurs au passage que rien n'a été prévu par la Cour pour que les auteurs et les éditeurs des contenus déréférencés soient informés de ce

<sup>88</sup> CJ (GC), 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12, § 81 et § 97. La présente contribution ne vise pas à livrer un commentaire exhaustif de cet arrêt. À cet égard, nous renvoyons le lecteur vers d'autres études. Voir notamment le dossier spécial de la *Revue Lamy droit de l'informatique*, n° 106, juillet 2014, p. 67-93. Voir également E. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données 'inadéquates, non pertinentes ou excessives' », in *JT*, 2014, p. 457-459 ; A. CASSART et J.-F. HENROTTE, « Arrêt *Google Spain* : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli », in *JLMB*, 2014, p. 1183-1191 ; E. FRANTZIOU, « Further Developments in the Right to be Forgotten : The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos* », in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 761-777 ; J. AUSLOOS et B. VAN ALSENOY, note, *A&M*, 2014, p. 411-416 ; E. DEFREYNE et R. ROBERT, « L'arrêt 'Google Spain' : une clarification de la responsabilité des moteurs de recherche... aux conséquences encore floues », in *RDTI*, 2014, p. 73-114.

<sup>89</sup> Voir à cet égard, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations par le biais de l'internet... », *op.cit.* Voir également E. FRANTZIOU, *op.cit.*, p. 761-777.

<sup>90</sup> Arrêt *Google Spain* précité, § 81 et 97.



déréférencement, et pour qu'ils soient en mesure de le contester auprès d'un moteur de recherche ou, en cas de contestation, devant un juge.

L'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg ne laisse pas de surprendre. Rendu sur conclusions contraires de l'avocat général, l'arrêt rend les moteurs de recherche responsables en première ligne de l'ajustement de la balance entre la protection des données à caractère personnel et la protection de la liberté d'information des internautes. L'on peut raisonnablement se demander s'il n'aurait pas été plus logique et moins attentatoire à la liberté d'expression de soumettre le déréférencement à une exigence de subsidiarité imposant d'agir en priorité en amont contre l'éditeur du contenu litigieux avant d'agir en aval contre ceux qui se bornent à les référencer de manière automatique.

#### 4. CONCLUSION

Dans l'imaginaire collectif, l'internet a longtemps été perçu comme un espace de liberté où chacun pourrait participer au libre marché des idées.

S'il est indéniable que le réseau a révélé des possibilités inédites de partage des idées et des informations, il faut cependant admettre qu'à l'aube du <sup>xxi</sup>e siècle, les défis ne manquent pas pour la liberté d'expression dans l'univers numérique.

La protection effective de la liberté d'expression sur l'internet suppose tout d'abord une relecture fonctionnelle des grands principes protecteurs dégagés dans le contexte des médias traditionnels. Au prix d'une interprétation évolutive des textes en vigueur, les cours et tribunaux, nationaux et internationaux, se montrent généralement enclins à intégrer l'internet dans la sphère de protection de la liberté d'expression. Dans l'adaptation des règles existantes à la réalité numérique, les juges devraient se garder de tirer prétexte de ce contexte nouveau pour justifier un retour en arrière dans la protection octroyée. Il en va d'autant plus ainsi que l'internet est voué, dans un avenir moins éloigné qu'on ne le pense, à prendre définitivement la relève des médias traditionnels.

Il est fréquent que derrière des débats d'apparence technique se cachent de véritables enjeux de société. On l'a vu, l'assertion se vérifie pleinement s'agissant de la liberté d'expression sur la Toile.

L'exercice effectif de cette liberté fondamentale dans l'univers numérique suppose que les internautes puissent accéder au réseau et aux différents services qui s'y trouvent offerts, sans ingérence et sans discrimination injustifiées, et qu'ils puissent s'appuyer sur des intermédiaires qui exercent

pleinement leur rôle de courroie de transmission de contenus dans la société de l'information.

À l'heure où le réseau apparaît comme un outil incontournable dans la réalisation des besoins et des droits fondamentaux de l'être humain et où les alternatives crédibles au média numérique apparaissent chaque jour comparativement moins efficaces, la garantie d'un accès à l'internet apparaît de plus en plus incontournable. Si certains aspects d'une telle garantie se trouvent protégés par le droit à la liberté d'expression et par la régulation des communications électroniques, une consécration comme droit fondamental à part entière, outre son évidente force symbolique, présenterait l'avantage de donner une direction claire aux politiques publiques futures.

La garantie de la neutralité du réseau, inscrite dans l'ADN de l'internet depuis sa création, apparaît également essentielle à la préservation de la liberté d'expression des internautes – comme récepteurs et transmetteurs d'idées et d'informations – et du pluralisme des médias. En tant que principaux débiteurs de l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser les droits de l'homme, les États ont un véritable rôle à jouer à cet égard.

Enfin, pour que les intermédiaires – généralement constitués sous la forme d'entreprises privées – soient en mesure de s'acquitter de la mission qui est la leur, les autorités publiques devraient s'abstenir de les ériger en censeurs privés des propos échangés sur la Toile et les inciter à prendre dûment en considération la liberté d'expression des internautes dans la recherche de modèles économiques attractifs.